

VU Research Portal

Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen.

Rozemond, N.

published in

Netherlands Journal of Legal Philosophy
2010

document version

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N. (2010). Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 39(1), 35-51.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

This is a postprint of

Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen.

Rozemond, N.

Rechtsfilosofie en Rechtstheorie, 39(1), 35-51

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/47619>

(Article begins on next page)

Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen

Klaas Rozemond

Inleiding: een vastgelopen debat

Het boek *De slapende rechter* van Wagenaar, Israëls en Van Koppen¹ heeft in de juridische wereld de nodige beroering gewekt, net als zijn voorganger *Dubieuze zaken* van Crombag, Van Koppen en Wagenaar uit 1992.² *De slapende rechter* heeft inmiddels kritische reacties uitgelokt van een raadsheer uit de Hoge Raad, waarop de auteurs van het boek op hun beurt scherp hebben gereageerd.³ Ook de president van de Hoge Raad heeft kritische geluiden laten horen.⁴ Vanuit de strafrechtswetenschap is eveneens oordelend op het boek gereageerd.⁵

De discussie over *De slapende rechter* vertoont een sterke gelijkenis met het debat dat over *Dubieuze zaken* werd gevoerd.⁶ Het debat komt erop neer dat de rechtspsychologen zich naar aanleiding van een aantal strafzaken op het standpunt stellen dat er sprake is van dubieuze rechterlijke beslissingen en dat het dubieuze karakter van deze beslissingen het gevolg is van een verkeerde manier van redeneren bij de betrokken rechters. Die verkeerde manier van redeneren wordt mede veroorzaakt door de algemene inrichting van het Nederlandse strafproces. De juridische reactie op deze rechtspsychologische kritiek is dat de besproken zaken eenzijdig worden weergegeven, dat uit een beperkt aantal zaken geen algemene conclusies kunnen worden getrokken over de manier waarop strafrechters redeneren en dat er ook geen causale verbanden kunnen worden gelegd tussen de ver-

1 W.A. Wagenaar, H. Israëls en P.J. van Koppen, *De slapende rechter* (Amsterdam: Bert Bakker, 2009).

2 H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken* (Amsterdam: Contact, 1992).

3 M. Loth, "‘Slapende rechters’ of ‘dwalende deskundigen’?", *NJB* (2009): 1142-1147; W.A. Wagenaar, H. Israëls en P.J. van Koppen, "Een niet erg wakkere raadsheer", *NJB* (2009): 1447-1448 met naschrift van Marc Loth op p. 1451. Zie ook Corné van der Wilt, "Strafrechtelijke waarheidsvinding volgens Marc Loth", *NJB* (2009): 1449 en H.J. Vonk, "Schoon schip. Open brief aan Marc Loth", *NJB* (2009): 1450.

4 G.J.M. Corstens, "De wakkere rechter", <<http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad/Over+de+Hoge+Raad/Publicaties/De+wakkere+rechter.htm>>.

5 Y. Buruma, "Betrouwbaar bewijs", *DD* (2009): 303.

6 Zie onder andere C.J.M. Schuyt en L. Frijda, "Dubieuze zaken", *DD* (1992): 655-684; H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen en W.A. Wagenaar, "Gelukkig is Schuyt het met ons eens", *DD* (1993): 38-47; J. Simmelink, "Pratende baby's en naïeve strafrechters?", *DD* (1993): 650-671; T.M. Schalken, "Rechters zouden wat minder fatsoenlijk moeten zijn", *NJB* (1992): 889-891; H.F.M. Crombag en P.J. van Koppen, "Rechters zouden 'fatsoenlijker' moeten worden", *NJB* (1992): 970-973.

meende dwalingen en de algemene kenmerken van de Nederlandse strafrechtspleging.

Wie de discussie over *De slapende rechter* vergelijkt met het debat over *Dubieuze zaken*, kan zich moeilijk aan de indruk onttrekken dat hier sprake is van een herhaling van zetten. De vraag die deze herhaling oproept, is: zou het debat niet een stap verder kunnen komen? Ik wil daartoe een voorstel doen dat begint bij de erkenning van een belangrijk punt zoals dat door de betrokken rechtspsychologen wordt aangedragen. De kern van het verwijt uit *De slapende rechter* en *Dubieuze zaken* is dat strafrechters te weinig hypothetisch denken. Mijn voorstel is om dit verwijt serieus te nemen en een aantal zaken als een begin van bewijs voor het verwijt te beschouwen. De zaken die als ernstige dwalingen kunnen worden aangemerkt, zoals de Puttense moordzaak en de Schiedammer parkmoord, laten zien dat er grove fouten kunnen worden gemaakt wanneer de betrokken rechters te weinig kritisch zijn ten aanzien van tenlasteleggingen en bewijsmiddelen. De stelling van de rechtspsychologen is dat deze rechters niet hadden gedwaald wanneer zij de tenlasteleggingen als hypothesen hadden beschouwd die kritisch moeten worden getoetst en onderzocht aan de hand van alternatieve hypothesen en tegenbewijs.

Ik denk dat deze rechtspsychologische stelling over de oorzaak van rechterlijke dwalingen in de genoemde zaken op het eerste gezicht plausibel is. Daaruit volgt dat de rechtspsychologen belangrijke aanbevelingen doen voor de werkwijze van strafrechters en de inrichting van het strafprocesrecht. Het is daarom opmerkelijk dat sommige strafrechtjuristen zich tegen deze aanbevelingen lijken te verzetten. Strafvorderlijke waarheidsvinding zou iets anders zijn dan een kritische toetsing van hypothesen zoals de auteurs van *De slapende rechter* voorstellen. Dit is een bewering die niet zonder meer waar is, maar die zelf kritisch zou moeten worden onderzocht en getoetst, en wel op meerdere niveaus. Er zou allereerst kunnen worden onderzocht in hoeverre kritische toetsingen van tenlasteleggingen op dit moment in de praktijk plaatsvinden en in hoeverre dergelijke toetsingen ook worden voorgeschreven door strafforderlijke regels of juist door deze regels worden belemmerd. Vervolgens zou de vraag kunnen worden opgeworpen in hoeverre strafforderlijke regels, wanneer zij een belemmering vormen voor kritische toetsing van tenlasteleggingen, moeten worden aangepast. Er zou derhalve naar aanleiding van de rechtspsychologische kritiek op dubieuze zaken en slapende rechters nader onderzoek moeten worden gedaan naar de praktijk van het strafrecht en naar de regulering van deze praktijk in wetgeving en rechtspraak. Die praktijk moet wellicht worden aangepast naar aanleiding van de resultaten van een dergelijk onderzoek.

Mijn tweede voorstel is dat rechtspsychologen zich ook zelf houden aan hun methodologische voorschriften. Rechtspsychologische oordelen over de strafrechtspleging moeten in hypothetische vorm worden geformuleerd en deze oordelen mogen niet alleen worden geverifieerd op basis van feiten die bepaalde oordelen bevestigen, maar zij moeten ook kritisch worden getoetst aan de hand van alternatieve hypothesen en feiten die de beweringen kunnen falsificeren. Dat zou bijvoorbeeld moeten gebeuren met de rechtspsychologische hypothese dat de rechterlijke macht een 'closed shop' is waarin rechters elkaars dwalingen afdekken

en de hypothese dat dwalingen het gevolg zijn van strafvorderlijke regels, zoals de regels over de toelaatbaarheid van bepaalde bewijsmiddelen en onderzoeksmethoden. Ook de feitelijke oordelen van rechtspsychologen over afzonderlijke strafzaken moeten worden opgevat als hypothesen over het verloop van de betreffende zaken die nader kritisch onderzoek naar deze zaken rechtvaardigen.

Ik zal mijn twee voorstellen als volgt uitwerken. Ik zal allereerst bespreken wat Wagenaar, Israëls en Van Koppen schrijven over het belang van hypothesetoetsing in de strafrechtspraak. Ik zal daarbij betogen dat hun voorstellen hierover in overeenstemming zijn met de uitgangspunten van het Nederlandse strafprocesrecht. Ik zal vervolgens een van de acht gevallen uit *De slapende rechter* bespreken: de zaak Boxmeer. De wijze waarop Wagenaar, Israëls en Van Koppen deze zaak analyseren, wekt het hypothetische vermoeden dat zij zich bij de analyse van deze zaak niet hebben gehouden aan hun eigen methodologische voorschriften. De mogelijke vergissingen die Wagenaar, Israëls en Van Koppen bij de bespreking van de zaak maken, werpen ook een bepaald licht op enkele van hun algemene hypothesen, bijvoorbeeld de hypothese dat juristen niet beter geschikt zijn dan niet-juristen om feiten te onderzoeken. Ook werpt deze zaak een bepaald licht op de aanbeveling uit *De slapende rechter* dat er een Nationale Revisieraad moet komen die in meerderheid uit niet-juristen bestaat en die een ruime bevoegdheid krijgt om herzieningsverzoeken te beoordelen. Ik zal betogen dat deze aanbeveling op hypothesen berust die nog niet kritisch zijn getoetst volgens de methodologische aanwijzingen van Wagenaar, Israëls en Van Koppen. Daarom zal een dergelijke toetsing eerst moeten worden uitgevoerd voordat de aanbeveling kan worden overgenomen in het Nederlandse strafprocesrecht.

Hypothetisch denken in het strafproces

Een tenlastelegging is een hypothese die getoetst moet worden aan de hand van de bewijsmiddelen, zo schrijven Wagenaar, Israëls en Van Koppen in *De slapende rechter*. Zij bedoelen daarmee dat de tenlastelegging niet alleen moet worden geverifieerd aan de hand van het belastende bewijs, maar dat zij ook kritisch moet worden getoetst aan de hand van ontlastend materiaal, zodat falsificatie van de tenlastelegging mogelijk wordt. Verificaties zijn belangrijk voor de bewijsvoering, maar zij zijn niet zonder meer doorslaggevend voor de beoordeling van het waarheidsgehalte van een tenlastelegging, aldus Wagenaar, Israëls en Van Koppen. Een bewezenverklaring wordt betrouwbaarder wanneer is geprobeerd om de tenlastelegging te falsificeren. Dat moet volgens Wagenaar, Israëls en Van Koppen altijd gebeuren aan de hand van meerdere hypothesen die tegen elkaar worden getoetst. Wanneer een falsificatie van een tenlastelegging plaatsvindt, kan er geen bewezenverklaring worden uitgesproken.

Toch lijkt dat laatste in bepaalde strafzaken, zoals de Schiedammer parkmoord, wel te zijn gebeurd: hoewel de tenlastelegging moeilijk te verenigen was met ontlastende informatie, werd de eerste verdachte (Kees B.) in deze zaak toch veroordeeld, zonder dat de betrokken rechters in hun einduitspraken duidelijk maakten waarom de ontlastende informatie niet tot een vrijspraak zou moeten leiden.

Deze zaak vormt mede de onderbouwing van een aantal hypothesen van Wagenaar, Israël en Van Koppen over juristen in het algemeen en strafrechters in het bijzonder: juristen krijgen nooit onderwijs in hypothesetoetsing, hypothesetoetsing is te moeilijk voor juristen, en rechters beschouwen de tenlastelegging niet als hypothese, maar als feit. Hier stellen zij tegenover dat rechters de tenlastelegging *altijd* als een hypothese moeten beschouwen die kritisch moet worden getoetst. Hypothesetoetsing leidt niet tot de vaststelling van een feit, maar op grond van een kritische toetsing kan wel een oordeel worden gegeven over betrouwbaarheid van een bepaalde hypothese in vergelijking met alternatieve hypothesen.⁷

De passages die Wagenaar, Israël en Van Koppen over hypothesetoetsing schrijven, laten het tweeslachtige karakter van hun beweringen zien. Aan de ene kant is de gedachte dat tenlasteleggingen kritisch moeten worden getoetst een plausibel uitgangspunt en aan de andere kant doen zij uitspraken over juristen die zij zelf niet kritisch onderzoeken en toetsen aan tegenbewijs. Zo is de uitspraak dat er in het juridische onderwijs *nooit* plaats is voor hypothesetoetsing,⁸ kritisch te toetsen aan de hand van het onderwijs dat de auteurs zelf aan verschillende rechtenfaculteiten verzorgen. De alternatieve hypothese zou kunnen luiden dat in het rechtenonderwijs een toenemende belangstelling bestaat voor rechtspsychologische inzichten over hypothesetoetsing. Te denken valt ook aan het project *Gerede twijfel* van de juridische faculteiten van de Universiteit Maastricht en de Vrije Universiteit. De hypothese dat rechtspsychologische inzichten te moeilijk zouden zijn voor juristen en ook de veronderstelling dat strafrechters tenlasteleggingen niet als hypothesen beschouwen, maar als feiten,⁹ zouden kunnen worden onderzocht en getoetst aan de hand van de opvattingen die hierover leven onder strafrechters, zoals ook onderzoek is gedaan naar de opvattingen van rechters over straftoemeting en de theorieën die daaraan ten grondslag liggen.¹⁰

Loth is van mening dat een hypothetische benadering van de tenlastelegging in het kader van het Nederlandse strafproces niet mogelijk is. Het gaat volgens Loth in het “institutionele kader van het strafproces om de (beperkte) vraag of deze verdachte dit verwijt kan worden gemaakt, niet om de vraag wat er gebeurd is en wie daarvoor verantwoordelijk is”.¹¹ Loth lijkt het voorstel van Wagenaar, Israël en Van Koppen om de rechter ook alternatieve scenario's te laten onderzoeken, af te wijzen: de strafrechter dient zich volgens Loth bij de waarheidsvinding vooral aan de strafvordering te houden en niet aan de ‘eigenzinnige opvattingen’ van Wagenaar, Israël en Van Koppen. Loth maakt echter niet duidelijk waarom de tenlastelegging niet als een hypothese over de waarheid kan worden opgevat die kritisch moet worden getoetst. Een nadere onderbouwing van deze bewering ontbreekt in zijn betoog.

7 Wagenaar, Israël en Van Koppen, *De slapende rechter*, 204-209.

8 Wagenaar, Israël en Van Koppen, *De slapende rechter*, 207.

9 Wagenaar, Israël en Van Koppen, *De slapende rechter*, 208.

10 J. de Keijser, *Punishment and purpose: from moral theory to punishment in action* (Amsterdam: Thela Thesis, 2000).

11 Loth, “‘Slapende rechters’ of ‘dwalende deskundigen?’”, 1145.

Het standpunt van Loth lijkt ook in tegenspraak te zijn met de stelling van Corstens dat in de strafrechtspleging een ontwikkeling gaande is waarin strafrechters hun beslissingen beter motiveren naar aanleiding van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van de verdachte of de officier van justitie op grond van artikel 359 lid 2 Sv, een ontwikkeling die volgens Corstens wordt versterkt door het Project motiveringsverbetering in strafvonnissen (Promis). Corstens wijst verder op de rechtspraak van de Hoge Raad over de verplichting van de strafrechter om de deskundigheid van deskundigen kritisch te onderzoeken en hij meldt ook dat de rechterlijke macht cursussen voor rechters ontwikkelt in verband met forensische expertise, logica en wetenschapsfilosofie. Er is zelfs een opleiding *Kritisch denken* in ontwikkeling, aldus Corstens.¹² Zijn betoog komt erop neer dat strafrechters in verband met hun taak om de waarheid te vinden juist wel moeten worden getraind in de kritische manier van denken die Wagenaar, Israëls en Van Koppen bepleiten.

Een dergelijke training lijkt ook in overeenstemming te zijn met het doel van het strafproces: het vinden van de materiële waarheid. De klassieke formulering van het doel van het Nederlandse strafprocesrecht uit de memorie van toelichting bij het ontwerp Wetboek van Strafvordering uit 1914 luidt:

“Een goed ingericht strafprocesrecht moet zoveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldigen dader, en tevens de veroordeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldigen naar vermogen verhinderen.”

In de memorie van toelichting wordt dit doel van het strafprocesrecht omschreven als een openbaar belang, bestaande uit “het benaderen van de materiële waarheid ter bescherming van de gemeenschap”.¹³ Vanuit deze gedachte kan de tenlastelegging als een *materiële waarheidsclaim* worden beschouwd: wat in de tenlastelegging staat, is ook in werkelijkheid gebeurd. Deze waarheidsclaim moet in het strafproces kritisch worden onderzocht: is deze waarheidsclaim juist? Wanneer de toetsing van de tenlastelegging aan alternatieve hypothesen de materiële waarheidsvinding zou bevorderen, dan zou uit het doel van het strafprocesrecht volgen dat die alternatieve scenario's ook daadwerkelijk worden onderzocht, zodat werkelijk schuldige daders worden veroordeeld en onschuldigen worden vrijgesproken. Dit is de opdracht die de strafrechter van de memorie van toelichting uit 1914 heeft meegekregen bij de interpretatie en de toepassing van strafvorderlijke voorschriften.

Wellicht ligt aan het meningsverschil tussen Loth en de rechtspsychologen een begripsverwarring ten grondslag. Volgens het Wetboek van Strafvordering bevat de tenlastelegging een beperking in de onderzoeksopdracht aan de strafrechter: de strafrechter moet beslissen ‘op den grondslag van de tenlastelegging’ (artikel 350 lid 1 Sv). Dat betekent dat de strafrechter in zijn vonnis geen einduitspraak

12 Corstens “De wakkere rechter”.

13 Memorie van toelichting bij het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering, Bijlagen Handelingen II 1913/14, 286, nr. 3, 9-10.

kan doen over wat er in werkelijkheid is gebeurd *buiten de tenlastelegging om*, in de zin dat de rechter niet buiten de tenlastelegging bewezen kan verklaren dat een bepaald feit is gepleegd. De rechter kan in zijn vonnis alleen bewezen verklaren wat is ten laste gelegd of hij kan de verdachte daarvan vrijspreken (artikel 352 lid 1 Sv).

Ik denk dat het verschil van mening tussen Loth en Wagenaar, Israëls en Van Koppen kan worden opgelost door te erkennen dat het onderzoek van de strafrechter in beginsel is *beperkt* tot een onderzoek naar waarheid van de tenlastelegging, maar dat de strafrechter bij dat onderzoek wel een *materiële waarheidsclaim* onderzoekt en bij een bewezenverklaring die waarheidsclaim ook bevestigt. Dat laatste kan alleen wanneer de tenlastelegging niet alleen wordt gedekt door wettige bewijsmiddelen, maar ook wanneer de rechter uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen 'de overtuiging heeft bekomen' dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan (artikel 338 lid 1 Sv). Deze bepaling bevat de instructie aan de strafrechter dat hij op de terechtzitting onderzoek moet doen en dat uit dat onderzoek zijn overtuiging moet voortvloeien in het geval dat hij tot een bewezenverklaring komt. De inrichting van de terechtzitting, waarbij verdachten, getuigen en deskundigen kunnen worden gehoord en geschriften kunnen worden besproken, moet zodanig zijn dat het onderzoek inderdaad tot de overtuiging kan leiden dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. Wanneer rechtspsychologische inzichten laten zien dat materiële waarheidsvinding wordt bevorderd door kritische toetsing van de tenlastelegging als hypothese, dan dienen dergelijke inzichten te worden verwerkt in de wijze waarop de strafrechter het onderzoek op de terechtzitting uitvoert. De wettelijke bepalingen over de behandeling van de zaak (artikel 268 e.v. Sv) lijken hem daartoe de mogelijkheid te bieden en zelfs de opdracht te geven.

Een alternatieve hypothese voor de 'closed shop'

Wagenaar, Israëls en Van Koppen betogen dat het hypothetische denken de fundamentele habitus van de strafrechter moet zijn¹⁴ en daar valt veel voor te zeggen: deze stelling lijkt te stroken met het doel van het Wetboek van Strafvordering volgens de memorie van toelichting uit 1914 en ook met huidige opvattingen over het doel van het strafprocesrecht: de materiële waarheidsvinding.¹⁵ Wagenaar, Israëls en Van Koppen ontlenen het hypothetische denken aan de wetenschappen: in veel wetenschappen is de theorie over het toetsen van hypothesen 'gesneden koek', er zou in de wetenschappen 'geen enkele vooruitgang' te verwachten zijn wanneer onderzoekers op dit punt geen 'rigoureuze methodologie' toepassen en publicaties worden 'zonder meer geweigerd' als zij hieraan niet voldoen.¹⁶

Hier kan de vraag worden opgeworpen of de uitspraken van Wagenaar, Israëls en Van Koppen over de Nederlandse strafrechtspleging wel voldoen aan de methodo-

14 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 209.

15 Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, zesde druk (Deventer: Kluwer, 2008), 6-8.

16 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 207.

logische voorschriften die zij formuleren in verband met hypothesetoetsing. Het betoog in De slapende rechter lijkt te zijn gestructureerd volgens een verificatiemodel: volgens Wagenaar, Israëls en Van Koppen kan uit de acht door hen besproken strafzaken een 'systematiek' worden afgeleid die duidt op 'structurele tekortkomingen' die een gevolg zijn van 'het juridische denken'.¹⁷ Deze uitspraken zijn niet als hypothesen geformuleerd en ze zijn ook niet getoetst aan alternatieve hypothesen en tegenbewijs. Dat geldt ook voor uitspraken van de auteurs over de rechterlijke macht als '*closed shop*' en de 'medeplichtigheid' van de Hoge Raad aan rechterlijke dwalingen.¹⁸ Daaruit volgt niet dat deze beweringen *onwaar* zijn, maar wel dat het waarheidsgehalte pas kan worden beoordeeld wanneer deze uitspraken kritisch worden getoetst volgens de methodologische voorschriften die Wagenaar, Israëls en Van Koppen hierover formuleren.

Zo had bijvoorbeeld het betoog van Wagenaar, Israëls en Van Koppen over de *closed shop* moeten worden geformuleerd als de hypothese dat strafrechters onvoldoende in staat of bereid zijn om elkaars beslissingen kritisch te toetsen. Het betoog over de *closed shop* eindigt met een bewering die op een hypothese lijkt: "wanneer niemand in de wereld van de rechtspraak de moed heeft om fouten aan de kaak te stellen, moet dat van buitenaf gebeuren".¹⁹ Wagenaar, Israëls en Van Koppen gebruiken deze hypothese ter onderbouwing van hun voorstel dat er een Nationale Revisieraad moet komen die in meerderheid uit niet-juristen bestaat.²⁰ De hypothese die aan dit voorstel ten grondslag ligt, moet echter eerst kritisch worden getoetst aan tegenvoorbeelden waarin veroordelende vonnissen van rechtbanken in hoger beroep worden vernietigd door gerechtshoven en ook aan tegenvoorbeelden waarin de Hoge Raad veroordelingen door gerechtshoven casseert.

Uit deze tegenvoorbeelden zou een alternatieve hypothese kunnen worden afgeleid: de strafrechtspraak is een systeem waarin rechters elkaars beslissingen kritisch beoordelen en die beoordelingen monden in bepaalde gevallen uit in kritische uitspraken over de beslissingen van andere rechters. Dat is ook het doel van het strafrechtelijke systeem en van de procesregels en de rechtsbeginselen die daaraan ten grondslag liggen. Dwalingen in bepaalde zaken vloeien niet voort uit de systeemkenmerken van het Nederlandse strafprocesrecht, maar uit verkeerde toepassingen van wettelijke regels en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Deze alternatieve hypothese is niet zonder meer waar, maar uit de methodologie van Wagenaar, Israëls en Van Koppen volgt dat zij de hypothese over de *closed shop* van de Nederlandse strafrechtspleging kritisch moeten onderzoeken aan de hand van deze alternatieve hypothese voordat kan worden beoordeeld in hoeverre de hypothese van de *closed shop* overeenstemt met de werkelijkheid van de Nederlandse strafrechtspleging.

In dit verband is het opmerkelijk dat Wagenaar, Israëls en Van Koppen de ontwikkelingen die op een kritische toetsing van bewijs in de strafrechtspraak duiden, in

17 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 19 en 198-200.

18 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 214-220.

19 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 220.

20 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 229-232.

hun boek onvermeld laten, zoals de aangescherpte motiveringsplicht van artikel 359 lid 2 Sv, het Promisproject en de rechtspraak van de Hoge Raad over de toetsing van deskundigenbewijs, het verbod op denaturering van verklaringen, ondeugdelijke identificaties en het ondervragingsrecht van de verdediging.²¹ Zij hadden deze ontwikkelingen volgens de methode van de hypothesetoetsing niet onbesproken mogen laten in *De slapende rechter*. De verificatiestrategie van Wagenaar, Israëls en Van Koppen kan leiden tot een *tunnelvisie*, doordat zij alleen belastende informatie bespreken ter bevestiging van de hypothese dat de rechterlijke macht een *closed shop* is die door de medeplichtigheid van de Hoge Raad in stand wordt gehouden. Deze tunnelvisie bepaalt vervolgens de interpretatie van afzonderlijke zaken die als verificaties worden gepresenteerd van de *closed shop* zonder dat deze verificaties kritisch worden onderzocht aan de hand van alternatieve hypothesen en ontlastende informatie.²²

Een kritische toetsing van de Boxmeer-zaak

De feitelijke oordelen van Wagenaar, Israëls en Van Koppen over de afzonderlijke zaken moeten worden beschouwd als hypothesen die niet zonder meer waar zijn, maar die kritisch moeten worden getoetst voordat kan worden beoordeeld in hoeverre het feitelijke oordeel dat 'de rechter zat te slapen' in een bepaalde zaak juist is. Ik zal hier ter illustratie van de noodzaak tot kritische toetsing niet alle gevallen uit *De slapende rechter* bespreken, maar alleen het laatste geval: de zaak Boxmeer. Wagenaar, Israëls en Van Koppen geven de feiten uit de zaak als volgt weer:

"In de ochtend van 21 december 2004 verliet Bert Boxmeer, een 35-jarige chauffeur, onverwacht zijn werk. Hij reed de bestelwagen terug naar het bedrijf, meldde zich ziek en ging naar huis. Daar pakte hij een stiletto en begaf zich naar de drukke hoofdstraat van de buurt waar hij woonde. Het was toen kwart over elf. Aan de overkant van de straat zag Bert zijn 71-jarige vader lopen. Hij stak over, viel zijn vader aan met een stiletto en doodde hem met 32 mestteken. Omstanders hoorden hem zeggen: 'Hij bedreigde mij en mijn kinderen, het was hij of wij'. Niemand probeerde hem tegen te houden, maar een van de omstanders belde 112. Bert probeerde niet te ontsnappen en liet zich rustig arresteren. Hij vertelde aan de politie dat hij zijn vader met opzet had gedood, en dat hij bewust naar de plek was gegaan waar hij wist dat hij zijn vader zou aantreffen. Enkele uren later, toen de politie hem voor het eerst verhoorde, verklaarde Bert dat hij zich niets van het gebeurde kon her-

21 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 295-297, 686-690, 673, 717-718, 721-723. De auteurs van *De slapende rechter* gaan ook niet in op de cursussen forensisch bewijs, wetenschapsfilosofie en kritisch denken die de hypothese weerspreken dat 'juristen nooit onderwijs krijgen in hypothesetoetsing' (*De slapende rechter*, 207). Zie hierover *De wakkere rechter* van Corstens op <www.rechtspraak.nl>.

22 Zie bijvoorbeeld *De slapende rechter*, 216-217 waar Wagenaar, Israëls en Van Koppen beweren dat de conclusie uit *Dubieuze zaken* 'nog steeds geldt', omdat deze conclusie wordt bevestigd door latere rechterlijke dwalingen.

inneren. Toen de zaak een jaar later voorkwam, was de amnesie goeddeels voorbij.”²³

Tot zover de letterlijke weergave van de zaak uit *De slapende rechter*. De strafrechtjurist die deze feiten leest, zal waarschijnlijk denken dat hier sprake is van een gewone moord. De verdachte heeft zijn vader opzettelijk en met voorbedachte rade van het leven beroofd. Hiertoe werd hij ook veroordeeld door de Rechtbank 's-Gravenhage en het Hof 's-Gravenhage.²⁴ De opgelegde straf was lager dan de eis van het Openbaar Ministerie dat in eerste aanleg tien jaar en in hoger beroep zestien jaar gevangenisstraf vorderde. De rechtbank veroordeelde de verdachte tot zes jaar gevangenisstraf en het hof legde een straf van negen jaar op met de motivering dat de verdachte in verminderde mate toerekeningsvatbaar was.

Waarom hebben volgens Wagenaar, Israëls en Van Koppen de rechters van de rechtbank en de raadsheren van het hof in deze zaak zitten te slapen? Zij baseren dit feitelijke oordeel op de gebrekkige rapportages die twee deskundigen over de verdachte zouden hebben uitgebracht. De psychiater rapporteerde dat de verdachte leed aan een “ernstige dissociatieve stoornis, waarschijnlijk een zogenaamde dissociatieve fugue” en de klinisch psycholoog suggereerde in zijn schriftelijke rapportage dat de verdachte aan een “disconnectie” leed, wat volgens deze deskundige iets anders is dan een dissociatieve stoornis. De kritiek van Wagenaar, Israëls en Van Koppen richt zich op deze diagnoses: de eerste diagnose is volgens hen onvoldoende feitelijk onderbouwd, de tweede diagnose is niet gebaseerd op de psychiatrische classificaties van DSM IV, en bovendien verschillen de twee diagnoses aanzienlijk van elkaar. Vanwege de inhoudelijke gebreken en de onderlinge tegenstrijdigheden hadden de veroordelende rechters deze rapportages niet mogen gebruiken bij hun beslissing over het opzet van de verdachte en over de straftoemeting.²⁵

De weergave van deze kwestie in *De slapende rechter* is niet volledig op een belangrijk punt. Wagenaar, Israëls en Van Koppen baseren hun kritiek op de *schriftelijke rapportages* die volgens hen ernstige gebreken vertonen en onderling tegenstrijdig zijn. Om die reden hadden de rechters volgens de auteurs nader onderzoek moeten doen naar de mentale toestand van de verdachte tijdens het misdrijf.²⁶ Wat Wagenaar, Israëls en Van Koppen in *De slapende rechter* onvermeld laten, is dat de rechters in deze zaak in eerste aanleg en in hoger beroep een dergelijk onderzoek hebben uitgevoerd: de twee rapporterende deskundigen zijn door de rechtbank en door het hof op de terechtzitting gehoord.

De Rechtbank 's-Gravenhage vat in haar vonnis de schriftelijke rapportages samen en geeft vervolgens zakelijk weer wat de twee deskundigen op de zitting

23 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 177-178.

24 Rechtbank 's-Gravenhage 13 september 2005, LJN AU2535 en Hof 's-Gravenhage 12 juli 2006, LJN AY3768. Wagenaar, Israëls en Van Koppen vermelden deze vindplaatsen niet in *De slapende rechter*, maar uit de zaakskennmerken en de namen van de deskundigen kan worden afgeleid dat het om deze uitspraken gaat.

25 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 181-189.

26 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 193.

hebben verklaard. De rechtbank merkt daarbij ook op dat beide deskundigen hun schriftelijke rapportages ter terechtzitting hebben *genuanceerd*. Mede op grond van de genuanceerde deskundigenverklaringen, waarin de diagnoses worden afgezwakt ten aanzien van de dissociatieve stoornis, maar niet ten aanzien van de ‘persoonlijkheidsstoornis’, komt de rechtbank tot de conclusie dat de dader verminderd toerekenbaar was (“met name gelet op de toelichting die de deskundigen op hun rapport hebben gegeven”).

Ook in hoger beroep zijn de deskundigen gehoord. Blijkens het arrest van het hof hebben de deskundigen aangegeven dat de verdachte lijdt aan een ‘aanpassingsstoornis’. Deze diagnose (en niet de diagnose van de dissociatieve stoornis en de disconnectie, zoals Wagenaar, Israëls en Van Koppen veronderstellen) is voor het hof de reden om tot verminderde toerekenbaarheid te concluderen. Op het punt van de ‘aanpassingsstoornis’ waren de deskundigen het met elkaar eens en bevestigden zij op de zitting bij het hof hun diagnoses op dit punt. Beide deskundigen hadden deze diagnose ook in hun schriftelijke rapportages gesteld en deze diagnose wordt in *De slapende rechter* ook niet betwist door Wagenaar, Israëls en Van Koppen.²⁷

Wagenaar, Israëls en Van Koppen betrekken bij hun analyse van deze zaak niet wat de betrokken deskundigen in genuanceerde vorm bij de ondervraging op de zitting in eerste aanleg en hoger beroep hebben verklaard. Zij hebben derhalve nagelaten bij hun analyse van de zaak een alternatieve hypothese te onderzoeken: in deze zaak was geen sprake van slapende rechters, maar van wakkere rechters die kritisch onderzoek hebben gedaan naar gebrekkige schriftelijke rapportages van deskundigen. Ik wil niet beweren dat deze alternatieve hypothese zonder meer juist is. Wat ik wel wil betogen, is dat Wagenaar, Israëls en Van Koppen volgens hun methodologie de alternatieve hypothese hadden moeten onderzoeken en in *De slapende rechter* ook de informatie hadden moeten opnemen waaruit blijkt dat de rechters de deskundigen op twee zittingen hebben ondervraagd en dat deze deskundigen blijkens het vonnis en arrest hun diagnoses op de verschillende punten hebben genuanceerd. Deze gegevens werpen een ander licht op de hypothese dat de rechters in deze zaak hebben zitten te slapen.

Geestelijke stoornis en strafrechtelijke opzet

Een tweede probleem bij de Boxmeer-zaak is dat Wagenaar, Israëls en Van Koppen bij hun analyse van deze zaak uitgaan van de *M’Naghten Rule* uit het Amerikaanse strafrecht. Volgens deze regel kan – in de weergave van Wagenaar, Israëls en Van Koppen – een verdachte die vanwege een geestelijke stoornis op het moment van het misdrijf het verschil niet kent tussen goed en kwaad, niet worden veroordeeld. Uit deze regel volgt volgens Wagenaar, Israëls en Van Koppen dat een verdachte *geen opzet* heeft wanneer hij vanwege een geestelijke stoor-

27 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 178. Uit de weergave van de rapportages kan worden afgeleid dat de aanpassingsstoornis de belangrijkste diagnose van de deskundigen is en niet de dissociatieve stoornis.

nis het verschil tussen goed en kwaad niet kende.²⁸ De rechtbank achtte de verdachte schuldig aan moord. “De opvatting van de deskundigen dat hij had gehandeld in een aanval van dissociatie, en dus geen opzet heeft gehad, werd verworpen”, aldus Wagenaar, Israëls en Van Koppen.²⁹

Deze conclusie berust op een verkeerd begrip van het Nederlandse strafrecht. Allereerst is het van belang om te beseffen dat het Nederlandse strafrecht een eigen invulling geeft aan de *M’Naghten Rule*. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1952³⁰ heeft het opzetbegrip uit het Wetboek van Strafrecht geen betrekking op de wederrechtelijkheid van de gedraging: het opzetbegrip is *kleurloos*. Een tweede uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht is dat ook een ontoerekenbare dader of een verminderd toerekenbare dader opzet en voorbedachte raad kan hebben.³¹ De geestelijke stoornis van een dader tast in beginsel niet het opzet van de verdachte aan, maar kan er wel toe leiden dat de verdachte ontoerekenbaar wordt verklaard op grond van artikel 39 Sr of dat de straf wordt verminderd vanwege de invloed die de geestelijke stoornis op de dader had. In het geval van volledige ontoerekeningsvatbaarheid volgt wel een bewezenverklaring (en geen vrijspraak), maar wordt de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging (artikel 352 lid 2 Sv). Slechts *bij hoge uitzondering* kan een geestelijke stoornis ertoe leiden dat het opzet niet kan worden bewezen en er vrijspraak volgt.³² De Hoge Raad heeft hiervoor in 1963 het criterium geformuleerd dat “bij de dader zou blijken van een zodanig ernstige geestelijke afwijking dat aangenomen moet worden dat hij van elk inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan is verstoken”.³³

In *De slapende rechter* maken Wagenaar, Israëls en Van Koppen geen melding van deze uitgangspunten van het Nederlandse strafrecht. Zij gaan niet in op het kleurloos opzet en ook niet op het onderscheid tussen opzet en toerekenbaarheid³⁴ en het juridische criterium voor de beoordeling van het bewijsverweer dat opzet ontbreekt vanwege een geestelijke stoornis. Aan de hand van deze begrippen en criteria moet worden beoordeeld of de rechters in de Boxmeer-zaak een juiste beslissing hebben genomen over de aanwezigheid van opzet, maar een dergelijke beoordeling ontbreekt in *De slapende rechter*.

28 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 188.

29 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 193.

30 HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314 m.nt. BVAR, onlangs bevestigd in HR 24 april 2007, NJ 2007, 544 m.nt. Buruma. Zie hierover J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, vierde druk (Arnhem: Kluwer, 2009), 216-219.

31 Zie bijvoorbeeld HR 5 februari 2008, NJ 2008, 97. Zie hierover De Hullu, *Materieel strafrecht*, 252.

32 HR 9 december 2008, NJ 2009, 157 m.nt. Schalken.

33 HR 22 juli 1963, NJ 1968, 217 m.nt. Enschedé. Zie hierover De Hullu, *Materieel strafrecht*, 224-225.

34 Ze schrijven dat de raadsman in deze zaak het verweer voerde dat de verdachte “niet toerekenbaar was voor zijn daad” (*De slapende rechter*, 178), maar uit het vonnis blijkt niet dat een dergelijk verweer is gevoerd, althans niet op basis van art. 39 Sr. Wel is een beroep gedaan op art. 40 (psychische overmacht) en art. 41 (noodweer(exces)): deze verweren zijn door de rechtbank verworpen.

Uit het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage en uit het arrest van het Hof 's-Gravenhage kan worden afgeleid dat de betrokken rechters en raadsheren wel hebben onderzocht of aan de genoemde begrippen en criteria was voldaan. De redenering van rechtbank en hof komt erop neer dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte tijdens het misdrijf van ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan verstoken was. Uit de hiervoor weergegeven zaaksomschrijving uit *De slapende rechter* kan ook worden afgeleid dat de eigen verklaringen van de verdachte vlak na het feit tegenover getuigen ('het was hij of wij') en tegenover de politie niet in de richting wijzen dat bij hem ieder inzicht in draagwijdte en gevolg van zijn handelen ontbrak: hij handelde welbewust en doelgericht en hij rapporteerde zelf na zijn daad tegenover de getuigen en de politie dat hij het slachtoffer 'met opzet' van het leven had beroofd.

Wagenaar, Israëls en Van Koppen concluderen dat de rechtbank *de opvatting van de deskundigen* heeft verworpen dat de verdachte had gehandeld in een aanval van dissociatie en dus geen opzet kan hebben gehad.³⁵ Dat is echter niet het geval. De rechtbank heeft blijkens het vonnis *het verweer van de verdediging* verworpen op basis van de verklaringen van de verdachte en de getuigen (omstanders en de politie) en het aantal toegebrachte messteken (meer dan dertig) en ook op basis van de verklaringen van de deskundigen. Blijkens het vonnis van de rechtbank rapporteerde de psychiater op de zitting dat "niet te zeggen valt of er ten tijde van het steken met het mes sprake was van volledige dissociatie". Ook de klinisch psycholoog verklaarde op de zitting dat achteraf niet te onderzoeken is of er sprake was van volledige dissociatie tijdens het misdrijf. Anders dan wat Wagenaar, Israëls en Van Koppen schrijven, hebben de betrokken deskundigen uiteindelijk niet gerapporteerd dat er sprake was van een volledige dissociatie waardoor het opzet volgens deze deskundigen zou ontbreken. Die conclusie hebben de deskundigen blijkens het vonnis en het arrest juist niet voor hun rekening willen nemen, nadat zij hierover kritisch zijn ondervraagd door de zittingsrechters.

Psychiatrische diagnoses en juridische oordelen

In hun analyse van de Boxmeer-zaak lijken Wagenaar, Israëls en Van Koppen ervan uit te gaan dat de diagnose dat er bij de verdachte wel sprake is van een dissociatieve stoornis tot de conclusie zou moeten leiden dat er geen sprake is van opzet. Ook die veronderstelling is betwistbaar³⁶ en een tegenargument kan worden ontleend aan de DSM IV-omschrijving van de 'dissociatieve fugue' zoals Wagenaar, Israëls en Van Koppen deze weergeven. De psychiater suggereerde in zijn schriftelijke rapportage dat de verdachte aan deze stoornis leed. Wagenaar, Israëls en Van Koppen schrijven dat deze stoornis inhoudt dat een patiënt plotseling gaat zwerven, terwijl hij niets kan herinneren over zijn eigen identiteit en zijn verleden. Als voorbeeld noemen zij de 'pianoman' die in 2005 op het strand van

35 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 193. Zie ook 177.

36 Zie over de discrepantie tussen psychiatrische diagnoses en juridische oordelen over opzet uitgebreid L. Stevens en M.M. Prinsen, "Afwezigheid van opzet bij de geestelijk gestoorde verdachte", *Expertise en Recht* (2009): 113-118.

Sheerness in Engeland werd gevonden. Deze pianoman dankt zijn naam aan het feit dat hij zo mooi piano kon spelen.³⁷ Dat laatste gegeven duidt erop dat een persoon die aan deze stoornis lijdt opzettelijk bepaalde handelingen kan verrichten, zoals het bespelen van de piano. Het feit dat een persoon aan een dissociatieve stoornis lijdt tijdens het pianospelen, betekent niet zonder meer dat deze persoon bij zijn handelingen geen opzet heeft in de betekenis die het Nederlandse strafrecht aan dat begrip toekent.

Uiteindelijk beslist niet de psychiater of een verdachte vanwege een geestelijke stoornis geen opzet heeft op basis van een psychiatrische diagnose.³⁸ Dat moet de rechter beslissen op basis van een juridisch criterium: ontbrak bij de verdachte vanwege een geestelijke stoornis op het moment van het misdrijf ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan? De rechter kan daarbij gebruikmaken van psychologische en psychiatrische rapportages, maar hij moet deze rapportages kritisch toetsen in het licht van het overige bewijsmateriaal en het genoemde juridische criterium.

Dat geldt ook voor de vraag of een verdachte ter beschikking moet worden gesteld op grond van artikel 37a Sr: de psychiatrische diagnose is niet zonder meer doorslaggevend voor de beoordeling van recidivegevaar, de rechter dient dat gevaar te beoordelen aan de hand van de relevante informatie uit het dossier (bijvoorbeeld het gegeven dat deze verdachte niet eerder was veroordeeld) en hij dient daarbij kritisch te zijn ten aanzien van de deskundigenrapportages hierover. In deze zaak had het Openbaar Ministerie geen tbs gevorderd, maar Wagenaar, Israëls en Van Koppen zijn toch kritisch over het ontbreken van een gemotiveerde beslissing van de rechtbank en het hof op dit punt, omdat de schriftelijke rapportages onvoldoende duidelijk zouden maken in welke mate de verdachte in de toekomst in herhaling zou kunnen vallen.

Ook hier hadden de auteurs moeten ingaan op het gegeven dat de rechtbank en het hof zich niet alleen op de schriftelijke rapportages van de deskundigen baseerden, maar ook op de nadere verklaringen die de deskundigen op de verschillende zittingen hebben afgelegd en op twee rapporten van de reclassering over de persoon van de verdachte. Wagenaar, Israëls en Van Koppen bespreken deze zaak om te illustreren dat ook herziening ten nadele van de verdachte mogelijk zou moeten zijn. Dit is op het eerste gezicht vreemd, omdat de verdachte in deze zaak door het hof is veroordeeld tot negen jaar gevangenisstraf, zodat herziening ten nadele niet aan de orde lijkt te zijn. Wagenaar, Israëls en Van Koppen zijn echter van mening dat in deze zaak de strafmotiveringen dubieus waren omdat de rechters de verdachte verminderd toerekenbaar achtten, terwijl zij toch het opzet bewezen verklaarden. Wanneer de verdachte opzet heeft, zou hij een 'weloverwogen moord' hebben gepleegd en dus niet verminderd toerekenbaar zijn. En wanneer hij verminderd toerekenbaar is, kan hij volgens Wagenaar, Israëls en Van Koppen geen opzet hebben gehad. "Hier moet de rechter toch even niet goed hebben opgelet", aldus Wagenaar, Israëls en Van Koppen. Ter bescherming van de

37 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 182.

38 De Hullu, *Materieel strafrecht*, 225.

samenleving tegen het recidivegevaar zou daarom herziening ten nadele mogelijk moeten zijn in een dergelijke zaak.³⁹

De alternatieve hypothese is dat de rechters in deze zaak terecht een onderscheid maken tussen het bewijs van opzet en het oordeel over de toerekenbaarheid, zoals het Nederlandse strafrecht vereist. Uit het betoog in *De slapende rechter* zou kunnen worden afgeleid dat Wagenaar, Israëls en Van Koppen dit juridische onderscheid niet kennen en daarom dwalen in hun oordeel over de rechterlijke uitspraken in de Boxmeer-zaak. Wat zij ook niet vermelden bij hun analyse van deze zaak, is dat in het geval van een werkelijke onbegrijpelijkheid op dit punt het Openbaar Ministerie cassatieberoep kan instellen bij de Hoge Raad (wat het Openbaar Ministerie in de Boxmeer-zaak niet heeft gedaan) en dat de Hoge Raad in dergelijke gevallen ook zeer kritisch kan zijn over onbegrijpelijke en tegenstrijdige beslissingen van lagere rechters over opzet en ontoerekenbaarheid, wat een tegenargument oplevert tegen de hypothese van de *closed shop* uit *De slapende rechter*.⁴⁰ Er is geen wijziging van het buitengewone rechtsmiddel van de herziening nodig voor de gevallen zoals de Boxmeer-zaak die onder de kritische toetsing van de gewone rechtsmiddelen vallen.⁴¹

Conclusie: de noodzaak van hypothesetoetsing

Er zijn enkele hypothesen af te leiden uit de Boxmeer-zaak. Allereerst bevatten het vonnis en het arrest in deze zaak tegenbewijs voor de hypothese van Wagenaar, Israëls en Van Koppen dat de rechters in deze zaak zaten te slapen. Uit het vonnis en uit het arrest kan worden afgeleid dat de rechters in deze zaak de schriftelijke deskundigenverklaring op verschillende zittingen hebben onderzocht en dat de deskundigen hun aanvankelijke verklaringen op deze zittingen hebben genuanceerd. Dit levert de alternatieve hypothese op dat de rechters in deze zaak *wakkere rechters* waren en geen *slapende rechters*.

De alternatieve hypothese is echter geen vaststaand feit, maar een hypothese die ook weer kritisch kan worden getoetst. Zo formuleren Wagenaar, Israëls en Van Koppen kritiek op de schriftelijke deskundigenverklaringen vanwege het ontbreken van duidelijkheid over de classificatie van de diagnoses volgens DSM IV. Ook wijzen zij op problemen in verband met validiteit en betrouwbaarheid van de diagnoses en op verschillen tussen klinische en actuariële prognoses over recidivegevaar. Uit het vonnis en uit het arrest in deze zaak blijkt niet dat de rechters met een dergelijke kritische blik naar de deskundigenverklaringen hebben gekeken, wat overigens niet betekent dat de rechters dat niet hebben gedaan, bijvoorbeeld

39 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 193-194.

40 Zie met name overweging 4.3.2 en 4.3.3 in HR 9 december 2008, NJ 2009, 157 m.nt. Schalken.

41 Wagenaar, Israëls en Van Koppen suggereren dat het Openbaar Ministerie in deze zaak 'niets kon doen' tegen de vermeende willekeur van de verschillende rechtscolleges (*De slapende rechter*, 177 en 194), maar zij laten daarbij niet alleen de mogelijkheid van cassatieberoep onvermeld, maar ook de mogelijkheid om de verdachte gedwongen te laten opnemen op grond van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Zie in dit verband overweging 4.8 in HR 28 februari 2006, NJ 2007, 525 m.nt. D.H. de Jong.

tijdens de voorbereiding van de zitting, op de zitting zelf (zonder daarvan verslag te doen in het vonnis) of in de raadkamer.

De Boxmeer-zaak levert nog een hypothese op, die ook geen onbetwistbare feitelijke vaststelling is, maar een uitspraak die nader moet worden onderzocht: er is een verschil tussen het vaststellen van natuurlijke feiten (de verdachte heeft zijn vader neergestoken) en juridische feiten (de verdachte had daarbij opzet). Voor de vaststelling van juridische feiten is juridische kennis nodig die op de feiten moet worden toegepast en daarom zijn juristen beter dan niet-juristen in staat om te beoordelen of de verdachte in de Boxmeer-zaak en verdachten in vergelijkbare zaken opzet hebben. Wagenaar, Israëls en Van Koppen wekken met hun analyse van de Boxmeer-zaak het hypothetische vermoeden dat zij niet over de juridische kennis beschikken om een dergelijke bewijsvraag over het strafrechtelijke opzet te kunnen beantwoorden.⁴² De alternatieve hypothese over de vaststelling van juridische feiten kan consequenties hebben voor het voorstel van Wagenaar, Israëls en Van Koppen om een Nationale Revisieraad in het leven te roepen waarin niet-juristen de meerderheid vormen.⁴³ Dit voorstel berust op de hypothese dat leken net zo goed als juristen in staat zijn om feiten te beoordelen en dat is in het licht van wat rechtspsychologen over het strafrechtelijke opzet schrijven problematisch.

Het voorstel van Wagenaar, Israëls en Van Koppen berust tevens op de hypothese dat juristen onvoldoende getraind zijn in hypothesetoetsing⁴⁴ en op de hypothese dat het juridische denken het feitelijke oordeelsvermogen belemmert.⁴⁵ Uit de analyse van de Boxmeer-zaak valt echter af te leiden dat rechtspsychologen dezelfde soort vergissingen kunnen begaan, ook al zijn zij wel getraind in hypothesetoetsing. Ook rechtspsychologen geven feitelijke oordelen (de rechter zat te slapen)⁴⁶ zonder de alternatieve hypothese (de rechter was wakker) in een specifiek geval te onderzoeken aan de hand van de beschikbare bronnen (vonnis en arrest). Ook rechtspsychologen 'strep' het ontlastende bewijs voor hun feitelijke oordeel weg (de rechter heeft de deskundigen op de zitting ondervraagd, de deskundigen hebben hun diagnoses genuanceerd). Ook rechtspsychologen doen uitspraken over kwesties (strafrechtelijke opzet) die buiten hun expertise vallen.

42 Uit de bespreking van de Sneker balkonmoord kan eveneens worden afgeleid dat Wagenaar, Israëls en Van Koppen een verkeerd begrip hebben van het strafrechtelijke opzetbegrip. In deze zaak had de verdachte vlak na de val van het slachtoffer over een balustrade tegen omstanders gezegd: 'ik heb geduwd, godverdomme, ik heb geduwd'. Uit die verklaring zou volgens Wagenaar, Israëls en Van Koppen volgen dat de verdachte het slachtoffer opzettelijk van het leven zou hebben beroofd, zodat de veroordeling in deze zaak wegens dood door schuld onbegrijpelijk is (*De slapende rechter*, 148). De alternatieve hypothese luidt dat de verdachte het slachtoffer een duw heeft gegeven zonder dat hij daarbij het opzet had dat het slachtoffer over de balustrade zou vallen en het leven zou verliezen. De alternatieve hypothese leidt tot de juridische conclusie: wel schuld (art. 307 Sr), geen opzet (art. 287 Sr). Deze alternatieve hypothese kan overigens ook zonder juridische kennis worden opgesteld: je kunt iemand een duw geven zonder daarbij na te denken over de mogelijk fatale gevolgen daarvan.

43 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 229.

44 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 207-208.

45 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 198-199.

46 Wagenaar, Israëls en Van Koppen, *De slapende rechter*, 176.

Ook rechtspsychologen geven er blijk van dat zij de relevante criteria uit een ander vakgebied niet kennen en ook zij begaan daardoor vergissingen in hun feitelijke beoordeling van een bepaald geval.

Op deze gegevens zou de alternatieve hypothese kunnen worden gebaseerd dat gebrekkige feitelijke oordeelsvorming in specifieke zaken niet een typisch juridische probleem is, maar een algemeen menselijk probleem. Het wetenschappelijk onderzoek naar feitelijke dwalingen kan derhalve niet kan worden beperkt tot juristen. Iedereen die zich met feitelijke oordelen bezighoudt, dient voorwerp van dit onderzoek te zijn, inclusief de betrokken rechtspsychologen, vooral wanneer zij voorstellen om leken intensiever bij de strafrechtspleging te betrekken. Dat voorstel lost het probleem van de gebrekkige feitelijke oordeelsvorming niet op wanneer niet-juristen bij het beoordelen van feitelijke kwesties dezelfde soort fouten maken als juristen en dat niet-juristen die fouten hadden kunnen voorkomen wanneer zij zich aan bepaalde methodologische voorschriften hadden gehouden. In zijn rapport *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken* uit 2008 concludeert Wagenaar dat leken *vaker* dan rechters gebruikmaken van *onveilige* ankers voor hun bewijsbeslissing.⁴⁷ Het is opmerkelijk dat deze conclusie van Wagenaar niet wordt besproken in *De slapende rechter*, omdat zij de alternatieve hypothese ondersteunt dat leken *vaker* dan strafrechters zullen dwalen in strafzaken met de complexiteit van de zaken uit *De slapende rechter*.

De alternatieve hypothese zou kunnen worden aangevuld met de hypothese dat juridische procesregels, zoals de regels inzake het onderzoek op de terechtzitting, het bewijsrecht en de rechtsmiddelen, zijn bedoeld om menselijke dwalingen te voorkomen.⁴⁸ Uit deze hypothese zou volgen dat rechters met hun specifieke kennis over strafprocedures en strafprocesrecht beter dan leken in staat zijn om feiten te beoordelen. Dit sluit niet uit dat rechters kunnen dwalen vanwege een *verkeerde toepassing* van procesregels, maar de alternatieve hypothese bevat de voorstelling dat niet-juristen *vaker* zullen dwalen omdat zij niet getraind zijn in de toepassing van procesregels (en ook geen kennis hebben van het materiële strafrecht). Deze alternatieve hypothese is niet bij voorbaat waar, maar zij moet volgens de methodologische voorschriften van Wagenaar, Israëls en Van Koppen worden betrokken bij het onderzoek naar de oorzaken van rechterlijke dwalingen. Het is immers niet uitgesloten dat de alternatieve hypothese na kritische toetsing meer gesteund wordt door het beschikbare bewijs dan de hypothesen van Wagenaar, Israëls en Van Koppen over de oorzaken van rechterlijke dwalingen.

Ik wil er hier nadrukkelijk op wijzen dat het niet mijn stellige bewering is dat Wagenaar, Israëls en Van Koppen een verkeerde conclusie trekken ten aanzien van de Boxmeer-zaak of dat hun algemene uitspraken over de strafrechtspleging onjuist zijn of dat rechtspsychologen de dwalingen begaan die zij aan strafrechters toeschrijven. Ik wil slechts betogen dat het feitelijke oordeel van Wagenaar, Israëls en Van Koppen in de Boxmeer-zaak (de rechter zat te slapen) niet voldoet

47 W.A. Wagenaar, *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken*, Raad voor de rechtspraak, Research Memoranda (2008-2): 32-39 en 58, <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/15661973-5AA3-4A70-9F18-3F750C230540/0/Strafrechtelijkeoordelen.pdf>.

48 Vgl. Wagenaar, *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken*, 37-38.

aan de methodologische vereisten die zij in *De slapende rechter* formuleren. Dat geldt ook voor hun feitelijke oordelen over de andere zeven zaken uit *De slapende rechter* en voor hun uitspraken over de *closed shop* van de Nederlandse strafrechtspleging en de aanbeveling dat een Nationale Revisieraad in meerderheid uit niet-juristen zou moeten bestaan: de auteurs zouden hun analyses moeten herschrijven zodat zij aan de methodologische voorschriften inzake hypothesetoetsing voldoen.

Wie het eens is met mijn kritiek op Wagenaar, Israëls en Van Koppen, is het echter ook met de centrale stelling uit *De slapende rechter* eens: feitelijke oordelen kunnen niet alleen worden geverifieerd om vast te stellen of ze waar zijn, ze moeten als hypothesen worden beschouwd die kritisch moeten worden getoetst aan alternatieve hypothesen en er moeten serieuze pogingen worden ondernomen om feitelijke oordelen te weerleggen aan de hand van tegenbewijs voordat ze voor waar kunnen worden aangenomen. Wanneer rechtspsychologen en strafrechtjuristen hierover consensus zouden kunnen bereiken, zou dat ook gevolgen moeten hebben voor de praktische werkwijze van strafrechters en voor de inrichting van het Nederlandse strafprocesrecht. Het lijkt mij daarom belangrijk dat vanuit dit uitgangspunt wetenschappelijk onderzoek wordt gedaan volgens de methodologische voorschriften van Wagenaar, Israëls en Van Koppen naar de wijze waarop rechters en leken feitelijke oordelen vormen in complexe zaken waarin de feiten en het recht problemen opleveren en ook naar de wijze waarop de oordelen in dergelijke complexe zaken in gunstige of ongunstige zin kunnen worden gestuurd door de regels van het strafprocesrecht.